



**Universidad**  
Zaragoza

# Trabajo Fin de Grado

*Gestación por sustitución.*

*Especial atención a la autonomía de la voluntad.*

Autora

**Jara Francés Arellano**

Directora

**Marina Pérez Monge**

Facultad de Derecho

2019

# ÍNDICE

## Abreviaturas

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO</b>	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>REGULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA</b>	<b>5</b>
	<b>1. LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA</b>	<b>6</b>
1.1	Antecedentes legislativos	6
1.2	Determinación de la maternidad	7
1.3	Nulidad de pleno Derecho	8
1.4	Sanción aplicable	10
<b>IV.</b>	<b>LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	<b>11</b>
	<b>1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</b>	<b>12</b>
1.1	Asunto Paradiso y Campanelli v. Italia	13
1.2	Artículo 8 CEDH	14
	<b>2. TRIBUNALES ESPAÑOLES: ÍTER JURISPRUDENCIAL</b>	<b>16</b>
2.1	Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia.	16
	A) Contexto	16
	B) Análisis de la Sentencia	17
2.2	Sentencia 949/2011, de 23 de noviembre de la Audiencia Provincial de Valencia.	18
2.3	Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil.	20
2.4	Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015	22
	<b>3. POSICIONAMIENTO DE LA DGRN</b>	<b>26</b>
3.1	Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución	26
3.2	Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución	28

<b>4. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD</b>	<b>29</b>
<b>4.1 Planteamiento</b>	<b>29</b>
<b>4.2 Derechos afectados</b>	<b>31</b>
<b>A) Interés superior del menor</b>	<b>31</b>
<b>B) Derechos de la personalidad de la mujer gestante: Dignidad y libertad</b>	<b>32</b>
<b>V. CONCLUSIONES</b>	<b>33</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>35</b>

## **Abreviaturas**

**AP Audiencia Provincial**

**Art. / Arts. Artículo/Artículos**

**BOE Boletín Oficial del Estado**

**CC Código Civil**

**CE Constitución Española**

**Cit. Citado**

**CP Código Penal**

**DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado**

**FJ Fundamento Jurídico**

**FIV Fecundación In Vitro**

**IA Inseminación Artificial**

**LTRA Ley 35/1988, de 23 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida**

**LTRHA Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

**LRC Ley del Registro Civil**

**Nº Número**

**p. Página**

**RC Registro Civil**

**RRC Reglamento del Registro Civil**

**ss. Siguietes**

**SAP Sentencia de la Audiencia Provincial**

**SJPI Sentencia del Juzgado de Primera Instancia**

**STS Sentencia del Tribunal Supremo**

**STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**TEDH Tribunal Europeo de Derecho Humanos**

**TRA Técnicas de Reproducción Asistida**

**TS Tribunal Supremo**

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, trataré de abordar la gestación por sustitución en nuestro país, la cual se encuentra en una situación compleja e intentaré hacer una investigación desde el punto de vista del ámbito civil.

Me decanté por este tema como primera opción ya que genera diversas controversias tanto jurídicas como éticas y consideré oportuno profundizar en sus raíces. En particular, lo enfoqué hacia el ámbito de la autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación ya que me parecía un aspecto relevante en el que desarrollar la investigación debido a los intereses públicos y privados que entran en juego.

La gestación por sustitución es un fenómeno que ha superado la legislación puesto que es sabido por todos que las personas son *res extra commercium* y por tanto no pueden constituir el objeto de un contrato, ex. Artículo 1271 del Código Civil. Dicho esto, se trata de una práctica regulada en la actualidad en nuestro país por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA, que en su artículo 10.1 establece: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

Sin embargo, dicha nulidad no evita la existencia de contratos en los que se pacta la gestación por un tercero creando así situaciones de inseguridad jurídica.

Para comprobar la transformación que han experimentado las técnicas de reproducción asistida, en adelante TRA, y en concreto la gestación por sustitución, podemos observar cómo en casos reales que han sucedido en la práctica se ha planteado la posibilidad del tráfico humano y mercantilización. Tenemos un ejemplo en la India donde una pareja australiana rechazó a uno de los dos mellizos gestados mediante esta técnica por razón de género<sup>1</sup> debido a que el matrimonio no quería a ambos bebés y eligieron a uno de

---

<sup>1</sup> Una pareja australiana abandonó en 2012 a uno de los mellizos que nacieron mediante gestación por sustitución en India debido a que la pareja ya tenía un sexo y no querían el otro niño. Se entiende que la elección se basó en el género, «Me dijeron que la madre sustituta había dado a luz a mellizos y que la pareja australiana solo quería a uno de los niños. No sé si era un niño o una niña. Ya tenían un sexo y no querían al otro niño», dijo el presidente del tribunal. La autoridad de los magistrados del Tribunal de Familia declaró que las autoridades australianas presionaron para que el consulado en India otorgara el visado para regresar a Australia con solo uno de los bebés por lo que la Alta Comisión Australiana en Nueva Delhi conocía el abandono por parte de la pareja y uno de los parlamentarios australianos señaló: «Creo que va por el camino equivocado como sociedad si los niños se convierten en un producto que se

ellos por su sexo. Un supuesto con similares consecuencias, conocido como *Baby Gammy*, ocurrió en Tailandia, pero en este caso abandonaron al bebé por tener Síndrome de Down<sup>2</sup>, llevándose a su hermana gemela. La polémica de este tipo de noticias también se deriva del hecho de transmitir la felicidad que le supone a los comitentes ser padres, pero ¿en qué lugar quedan los derechos de la mujer gestante? ¿Se tienen en cuenta los problemas graves que afectan al interés superior del niño? ¿Tiene algún límite la autonomía de la voluntad con respecto a este tipo de contratos?

El debate internacional recae en dos posturas:

En primer lugar, se encuentran los que defienden la gestación por sustitución basando su argumentación en la libre elección y consentimiento de la mujer gestante y el derecho de los padres de intención. Para que sea legítima, se exige que se cumplan determinadas condiciones, como son la ausencia de espíritu de lucro, la presencia de indicaciones médicas y la libre voluntad de la gestante de abandonar el bebé. Las personas que están a favor consideran que es necesaria una regulación para evitar los abusos en la utilización de dichas técnicas que conllevan a la discriminación de aquellas familias que no se pueden costear el tratamiento fuera de nuestras fronteras.

En segundo lugar, se encuentran los que consideran que ser padre/madre no es un derecho sino un deseo, por encima del cual se encuentran los intereses de las mujeres gestantes y de los niños. Su legalización conllevaría una vulneración de dichos derechos ya que supone la explotación y manipulación de la mujer gestante y además, las normas relativas al estado civil de las personas son de orden público, y por tanto, irrenunciables<sup>3</sup>. Como consecuencia de estos argumentos, las personas que están en contra de la gestación por sustitución consideran que se debería regular más estrictamente su sanción para evitar su práctica.

El objetivo de este Trabajo de Fin de grado es valorar el posicionamiento de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico y se dividirá en dos partes,

---

puede comprar». <http://www.abc.net.au/news/2014-10-08/high-commission-knew-of-surrogacy-case-in-india/5799438> Consulta realizada: 12/06/2019.

<sup>2</sup> La subrogación comercial llegó a la luz pública después de que un matrimonio australiano (cabe señalar que el marido estaba condenado por delitos sexuales a menores) fuera acusado de abandonar al bebé llamado Gammy que tiene Síndrome de Down, y de llevar a casa a su hermana gemela. La pareja negó cualquier conocimiento de un hijo. Por otra parte, la mujer sustituta aseguró que tanto la agencia de sustitución como los padres del bebé sabían que tenía una discapacidad en el cuarto mes de embarazo. No obstante, el bebé fue criado por la mujer gestante que declaró «Estuvo en mi barriga durante nueve meses, es como mi hijo y lo trato como a mis otros hijos».

<sup>3</sup> PÉREZ MONGE, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación *versus* realidad», en *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 2010, p. 44.

cada una con varios epígrafes. En primer lugar, se abordará un apartado más teórico de la referida práctica en la que se desarrollarán la terminología y concepto de la gestación por sustitución, así como su regulación desde la perspectiva de la normativa civil en nuestro ordenamiento jurídico, entrando a analizar la LTRHA en lo que respecta a la gestación por sustitución y los efectos que conlleva (tipos de maternidad y madres, nulidad de pleno derecho y sanción aplicable). Posteriormente, en la segunda parte del trabajo se profundizará sobre la autonomía de la voluntad con respecto a los contratos de gestación por sustitución y sus correspondientes límites, donde se incluirá un análisis jurisprudencial de las sentencias más señaladas tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de los Tribunales españoles para ver el posicionamiento de cada uno. Asimismo se incluirán las más recientes instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para estudiar también su postura. Por último, se llevarán a cabo unas conclusiones en lo que respecta a la gestación por sustitución en las que se sintetizarán los aspectos más relevantes.

En cuanto a los objetivos propuestos, se encuentra principalmente el ánimo de investigar acerca de la figura de la gestación por sustitución pero desde una perspectiva concreta como es la autonomía de la voluntad la cual considero que no ha sido desarrollada tan copiosamente como otros aspectos de la misma práctica. Asimismo, otro propósito del trabajo es recopilar no solo las resoluciones más relevantes sobre esta técnica sino también las más recientes, para poder ofrecer una visión lo más actual posible acerca de la situación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, el fin último del trabajo es transmitir una aproximación a la gestación por sustitución, la cual se encuentra en una situación de inseguridad jurídica debido a la disyuntiva que han producido las situaciones de hecho creadas como consecuencia de los avances en la biomedicina, las técnicas de reproducción asistida, la regulación jurídica y las resoluciones judiciales y administrativas.

## **II. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO**

En primer lugar, en cuanto a la terminología, se le denomina de diversas formas a este fenómeno en nuestro país, desde alquiler de vientre, útero de alquiler, maternidad subrogada, gestación subrogada, gestación por sustitución, hasta subrogación o subrogación gestacional, entre otros. Existe un intenso debate acerca de la conveniencia

de cada uno de los términos ya que cada autor considera idónea una denominación diferente.

Dicha práctica, se definió por primera vez en 1985 en el famoso Informe Warnock sobre fertilización humana y embriología, como «la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca»<sup>4</sup>. No obstante, también hay un segundo informe trascendente que trató el tema en cuestión, en este caso en España, como es el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial humana, más conocido como Informe Palacios, en el cual se definió la gestación de sustitución como «una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que se responsabilizará de la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos»<sup>5</sup>. En este mismo informe (que es anterior a la LTRHA), se incluyeron diversas conclusiones con respecto a la gestación por sustitución entre las que se encontraban, sucintamente, la prohibición de dicha técnica en cualquier circunstancia, la sanción correspondiente a la persona que participase en un contrato de gestación por sustitución así como también para las personas, agencias o instituciones que las propicien y a los Centros Sanitarios en los que se realiza.

En sentido más amplio, PÉREZ MONGE la define como «aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)<sup>6</sup>. Esta descripción es más completa ya que distingue muy bien entre si la mujer gestante aporta únicamente la gestación, en cuyo caso se trata de maternidad gestante, o si además aportase el óvulo también, en cuyo caso se le denomina maternidad biológica en España puesto que coincide en esta figura tanto la maternidad gestante como la maternidad genética.

A su vez, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011, sobre la que más tarde haremos un análisis jurisprudencial, la

---

<sup>4</sup> WARNOCK, M., *A question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Basil Blackwell, United Kingdom, 1985.

<sup>5</sup> Comisión Especial de Estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana, *Informe*, presidida por Marcelo Palacios, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, p.149-150.

<sup>6</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.



define en su Fundamento Jurídico 1 como «un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos». Esta definición también recoge, en su última línea, la posibilidad de que los menores nacidos por medio de la maternidad por sustitución compartan material genético con los comitentes<sup>7</sup> o no. En este último caso habrá una desvinculación genética total que puede derivarse, entre otras cosas, de la carencia de aportación de gametos de los comitentes, por ejemplo para evitar el riesgo de la transmisión de enfermedades genéticas.

### **III. REGULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA.**

La filiación es el vínculo que existe entre un progenitor y su hijo como consecuencia del hecho natural de la procreación. Una vez que esa relación natural biológica se determina legalmente produce unos efectos jurídicos entre padres e hijos y es entonces cuando hablamos de relación jurídica de filiación.

Normalmente la filiación biológica coincide con la relación jurídica, pero no es un sistema cerrado puesto que existe la filiación por adopción. El artículo 108 CC diferencia dos clases de filiación: la filiación por naturaleza, que es la biológica y la filiación por adopción. A su vez la filiación por naturaleza puede ser de dos clases matrimonial y no matrimonial. Tienen sentido la clasificación ya que los medios para determinarla legalmente son distintos, si bien los efectos son los mismos<sup>8</sup>.

La filiación no contemplada en el Código Civil<sup>9</sup>, es la derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida, que dispone de normativa propia (LTRHA). Con la incorporación de dichas técnicas aparecen “nuevos tipos de maternidad” y entre ellas se encuentra la gestación por sustitución.

---

<sup>7</sup> En este trabajo se hará referencia a los “comitentes” como la persona o personas que encargan la gestación a una mujer a través de un contrato que puede ser oneroso o gratuito. Las personas que recurren a esta técnica se pueden clasificar en: parejas heterosexuales, parejas homosexuales o persona sola, hombre o mujer, que aportan o no su material genético.

<sup>8</sup> A pesar de esta clasificación, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de igualdad entre los hijos.

<sup>9</sup> BÁRBER CÁRCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», en *REDUR*, 2010, nº 8, p. 28: « El legislador ha renunciado a establecer una tercera clase de filiación, a sumar a la natural y la adoptiva [...] simplemente se ha limitado a establecer unas normas especiales a integrar con el régimen general de la filiación natural».

# **1. LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

## **1.1 Antecedentes legislativos**

La necesidad de relaciones sexuales para la procreación era el denominador común que imperaba anteriormente en la sociedad. Pero en la medida en la que las nuevas tecnologías han evolucionado, era preciso regular *ex novo* esa materia y nueva realidad social donde se hayan implicados importantes derechos fundamentales de la persona que corren grave riesgo de quedar desprotegidos en la práctica<sup>10</sup>.

Existe ahora la posibilidad de procreación sin necesidad de relación sexual alguna, lo que algunos autores llaman como revolución reproductiva<sup>11</sup> y esto se materializó en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA), la cual fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico<sup>12</sup>. Pero con los continuos e imparables avances científicos desde su promulgación, se fue quedando obsoleta siendo necesaria una reforma, y así le sucedió la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que fue posteriormente revisada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, vigente hoy en día, que introdujo importantes novedades. Dichas novedades no solo han dado lugar a nuevas técnicas de reproducción sino también a nuevos conceptos de maternidad, paternidad, filiación, familia, etc.

La primera Ley 35/1988, de 22 de noviembre, ya prohibía la gestación por sustitución en España, y las sucesivas reformas y modificaciones hasta la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, han seguido la misma línea considerando esta tipología contractual como nula de pleno derecho. Cabe destacar que en la Exposición de Motivos de la actual Ley no menciona expresamente nada relativo a la gestación por sustitución, dándole más relevancia a los preembriones crioconservados, ovocitos, clonación con fines reproductivos, etc.

---

<sup>10</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, SANCHO REBULLIDA Y LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, 3ª edic., Jose María Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1989, p. 147.

<sup>11</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 17: «[...] las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA) han generado lo que se conoce como “revolución reproductiva”. Se habla de “revolución reproductiva” porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las TRA, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios».

<sup>12</sup> Exposición de Motivos de la LTRHA en su párrafo II.

## 1.2 Determinación de la maternidad.

Como consecuencia de recurrir a esta técnica, se han originado distintos tipos de modalidades de maternidad, por ello, podemos distinguir entre: la tradicional o total y la gestacional o parcial.

En el primer supuesto, la madre subrogada coincide con la madre genética ya que es quien aporta los óvulos a fecundar mediante Inseminación Artificial (IA)<sup>13</sup>. En el segundo caso, la más frecuente, se disocia la maternidad genética de la gestacional debido a que los óvulos proceden o bien de la madre comitente o bien de una donante, utilizando la técnica de la fecundación «in vitro» (FIV) para dar lugar a la concepción sin que la madre gestante tenga ningún tipo de relación genética con el recién nacido<sup>14</sup>.

En segundo lugar, en cuanto al concepto de madre, se pueden distinguir tres tipos diferentes: la gestante, la genética o biológica, y la jurídica. La primera es aquella que lleva a cabo la gestación del bebé durante todo el proceso. La segunda es aquella que ha aportado sus gametos, con lo cual comparte material genético con el recién nacido. Y la tercera, que puede haber aportado o no su propio óvulo y que es la que figura legalmente. Algunos autores consideran que esta tercera maternidad debería corresponder a la mujer comitente que ha tomado la decisión de acudir a dicha práctica.

A veces estas tres funciones recaen en dos mujeres en combinaciones distintas.

O bien la misma madre gestante es quien aporta su propio óvulo dando lugar a la maternidad total o tradicional. En este supuesto la madre gestante sería a su vez madre genética.

O bien la comitente aporta el óvulo (madre genética) y la madre portadora tan solo lo gesta en su vientre convirtiéndose en madre gestacional, esto es lo que hemos llamado anteriormente maternidad parcial. Puede ocurrir que quien aporte el óvulo sea una tercera persona donante, y entonces habría tres tipos de madres por separado: la gestante, la jurídica y la genética. No obstante, también podría ocurrir que la madre genética y la jurídica coincidieran si la mujer comitente es quien aporta el óvulo<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Este supuesto es el más problemático debido a que se crea un vínculo con el bebé por la aportación genética que se produce al utilizar sus propios óvulos. Estaríamos hablando de maternidad biológica lo cual no es, en sentido estricto, la gestación por sustitución por los inconvenientes que conlleva.

<sup>14</sup> FARNÓS AMOROS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009» en *InDret*, nº 1, 2010, p. 5.

<sup>15</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 320, «La aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación), la

Esta clasificación entra en conflicto con el principio *mater semper certa est*<sup>16</sup>.

### 1.3 Nulidad de pleno derecho.

En la actualidad, la gestación por sustitución está expresamente prohibida en España y la LTRHA la contempla en su artículo 10.1 declarando nulos de pleno derecho los contratos por los que se encargue la gestación a una mujer que renuncie a la filiación materna en favor de los comitentes, quedando a salvo la acción de reclamación de la paternidad (art.10.3)<sup>17</sup>. Por lo tanto, debido a este último extremo, la nulidad no es absoluta ya que el contrato produce efectos sobre una de las partes, en este caso sobre el padre, pudiendo reclamar la paternidad<sup>18</sup>.

Lo que prohíbe este apartado es la renuncia a la filiación materna por parte de la mujer gestante, quedando por tanto determinada dicha filiación por el parto (apartado 2 del art.10 LTRHA) en virtud del axioma romano *mater semper certa est* al que hemos hecho referencia *supra*. Dicha atribución de la filiación por el parto es el régimen propio de nuestro Código Civil<sup>19</sup>.

Aparte de la nulidad que establece la LTRHA, tenemos que atender a lo establecido en el Código Civil con respecto a los contratos. En virtud del artículo 1271.1 CC que establece que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras» sería nulo el contrato de gestación por

---

atribución de la función jurídico-social de madre (maternidad jurídica) pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el Derecho debe resolver cuál es la maternidad relevante jurídicamente [...]».

<sup>16</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 32. «el incólume principio *mater semper certa est* está en crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionable un hecho cierto, de forma que su veracidad irá en función de la preeminencia que se quiera otorgar, ya sea al hecho de posicionarse en pro de la maternidad por seguir un criterio de pura consanguinidad fijándose en el hecho de la titularidad del gameto femenino, o a la circunstancia determinante del parto, por lo que la regla a seguir quedaría resumida en la máxima del *partus sequitur ventrem* [...] o finalmente cabe discurrir en coherencia más social, afectiva y cultural en demérito de una concepción puramente biogenética, que madre es la comitente, la que desea ser madre, con independencia de su aporte biológico o genético ».

<sup>17</sup> Art 10.1 LTRHA: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

<sup>18</sup> Art. 10.3 LTRHA: «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales» esto es, los arts. 764 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que permite exigir a los Tribunales la determinación legal de la filiación.

<sup>19</sup> El artículo 139 CC establece: «La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de la maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo».

sustitución por ilicitud de objeto puesto que las personas, incluyendo el cuerpo humano, están fuera del comercio. Además, con respecto a la gestación comercial, el Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1997 ratificado por España establece el altruismo y la gratuidad con respecto al cuerpo humano<sup>20</sup>.

Igualmente, las normas relativas al estado civil de las personas son de orden público, y por tanto irrenunciables<sup>21</sup> oponiéndose así al principio de indisponibilidad del estado civil ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial, las cuales son materias imperativas en las que no cabe la autonomía de la voluntad (art. 6.3 CC).

A su vez, también sería nulo por ilicitud de causa según el artículo 1275 CC que establece «los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral»<sup>22</sup>. Como consecuencia, la madre gestante no está obligada a entregar el hijo a la comitente y tampoco a entregar una indemnización por incumplimiento en virtud de los artículos 1305 y 1306 CC<sup>23</sup> que en su apartado primero dispone «Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido».

Asimismo, estamos ante un pacto de contenido inmoral, contrario a las buenas costumbres<sup>24</sup>, al orden público y a la ley, por oponerse al principio de indisponibilidad

---

<sup>20</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, publicado en BOE, nº251 que en su artículo 21 establece: «El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro».

<sup>21</sup> PÉREZ MONGE, M., «Maternidad Subrogada», *Revista de Actualidad del Derecho en Aragón*, nº37, 2018, p. 26.

<sup>22</sup> Artículo 1261 CC «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca». Nos encontramos con la inexistencia del segundo requisito puesto que el cuerpo humano no puede ser objeto de contrato.

<sup>23</sup> Artículo 1305 CC: «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido». El artículo 1306 CC: «Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

<sup>24</sup> Artículo 1255 CC «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

del cuerpo humano contraviniendo el respeto a la dignidad del ser humano y al valor como persona (art. 10.1 CE)<sup>25</sup>.

Podemos concluir que aunque la LTRHA no hiciera referencia a la nulidad de dicha técnica, las personas constituyen una *res extra commercium* y sería igualmente sancionable con fundamento en las normas civiles españolas existentes.

#### **1.4. Sanción aplicable**

La propia LTRHA no califica a la gestación por sustitución como una infracción específica en sus artículos 24 y 26 y como consecuencia, no se establece en esta norma una sanción aplicable a la misma. Sin embargo, como hemos hecho referencia anteriormente, el artículo 10 de la LTRHA establece la nulidad de pleno derecho y esto conduce de forma directa a las posibles sanciones alternativas que se aplicarían en el supuesto de que se contradiga la normativa española.

En relación a la sanción civil, nos encontramos con la consideración de contrato nulo de pleno derecho, por lo que conlleva la negación de cualquier efecto que pudiese originar el contrato, con la salvedad de la reclamación de paternidad por parte del varón que aportase material genético.

En cuanto a la vía penal, tampoco se dispone expresamente de una sanción para la gestación por sustitución pero varios autores encuentran un símil con la suposición de parto, la entrega de un hijo mediando compensación económica y las mismas conductas realizadas por facultativos que fijan los artículos 220, 221 y 222 del Código Penal (en adelante CP)<sup>26</sup>.

Ante la negativa de la normativa española de poder realizar la práctica legalmente en nuestro país, la gran mayoría de personas deciden realizarla en países más permisivos con dicha técnica. Quienes acuden a ella, no pretenden ser padres adoptivos sino

---

<sup>25</sup> VIDAL MARTÍNEZ, BENÍTEZ ORTUZAR Y VEGA GUTIÉRREZ, A.M., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares S.L., Granada, 1998, p. 120.

<sup>26</sup> Artículo 220.1 CP establece: «La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años». El art. 221.1 CP: «Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años». Y por último el artículo 222 párrafo primero CP dispone: « El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años».

En la medida en que los contratos de gestación por sustitución impliquen una contraprestación económica, contravendría como mínimo el segundo de los artículos. Adicionalmente, los encargados facultativos de realizarla, también estarían penados con base al CP.

progenitores naturales, por eso cabe dudar si su comportamiento no encierra en el fondo una maniobra dirigida a defraudar las normas que regulan la adopción<sup>27</sup>, y en concreto el artículo 10 LTRHA.

Si la orientación material de la norma está encaminada hacia el interés del menor y de las mujeres gestantes, no está teniendo un efecto disuasorio en las personas como podemos comprobar con las constantes noticias en la actualidad. Por eso algunos autores abogan por una normativa sancionadora más estricta sobre la gestación por sustitución.

#### **IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

La situación actual del Derecho de Familia ha evolucionado bastante en los últimos años, entre otras cosas, debido a las nuevas formas de procreación a las que hemos hecho referencia anteriormente. Las nuevas técnicas de reproducción asistida, entre las que se encuentra la gestación por sustitución, han dado lugar a numerosos debates entre los que se cuestiona la dignidad, la integridad física y moral, el interés superior del menor, la autonomía de la voluntad y demás. En este caso nos vamos a centrar en la última de las cuestiones, esto es, la autonomía de la voluntad con respecto a los contratos de gestación por sustitución.

Entre los supuestos que podemos encontrar de personas que suscriben estos contratos (parejas heterosexuales que aportan ambos gametos, parejas heterosexuales u homosexuales que aportan solo uno de los dos gametos o ninguno y persona individual que aporta o no su gameto) coincide en todos un elemento común que es la voluntad e intención de convertirse en padres<sup>28</sup>. Algunos autores consideran que nos encontramos ante un tercer supuesto de filiación denominada filiación intencional, que debe ser regulada dando contenido expreso a la voluntad procreacional<sup>29</sup>.

Pero actualmente, el legislador no considera suficiente dicha voluntad puesto que la filiación se determina por el parto (art. 10.2 LTRHA) atribuyéndose así la maternidad a la mujer gestante independientemente de que sea o no la madre genética.

---

<sup>27</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», en *Humanitas Humanidades médicas*, nº 49, 2010, p. 24.

<sup>28</sup> PEREÑA VICENTE, M., «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI» en *Revista IUS*, nº 29, Puebla, 2012.

<sup>29</sup> DURÁN AYAGO, A., «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución», en *Bitácora Millennium DIPR*, nº2, 2015, p. 16.

En los siguientes apartados se analizará cuáles son las posiciones de los diferentes órganos jurisdiccionales acerca de la autonomía de la voluntad en la gestación por sustitución.

## **1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

En primer lugar, cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, es incorporada a la jurisprudencia interna con base al artículo 10.2 CE<sup>30</sup> que establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Por consiguiente, nuestros Tribunales habrán de tener en cuenta tanto la jurisprudencia del TEDH como el Convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>31</sup> que citaremos a continuación.

Dicho esto, en la más reciente jurisprudencia en el ámbito europeo, el TEDH dictó dos resoluciones contradictorias (Sentencia de la sala segunda del TEDH de 27 de enero de 2015 y Sentencia del Pleno del TEDH de 24 de enero de 2017) acerca de un mismo supuesto de gestación por sustitución que se resolvieron interpretando de manera diferente el artículo 8 del CEDH. En concreto, analizaremos los argumentos esgrimidos en la última y más reciente de ellas por los que se señala que las autoridades nacionales están legitimadas para definir los límites de la autonomía de la voluntad con respecto a los contratos de gestación por sustitución, la cual revisó la doctrina de la Sentencia anterior de la Sala Segunda del TEDH.

### **1.1. Asunto Paradiso y Campanelli v. Italia<sup>32</sup>**

El TEDH ha resuelto varios asuntos relativos a la gestación por sustitución entre los que se encuentran el asunto Mennesson (65192/11) y Labassée (65941/11), ambas de 26 de junio de 2014. Así como también la sentencia conjunta de los asuntos Foulon (9063/14)

---

<sup>30</sup> TORRES PÉREZ, A., «El impacto del derecho internacional de los Derechos Humanos en España», en *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, 16, 2013, p. 12. Disponible online: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.417-434.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.417-434.pdf) Consulta realizada: 17/05/2019.

<sup>31</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Consejo de Europa, Roma, 1950.

<sup>32</sup> Sentencia del Pleno del TEDH de 24 de enero de 2017 (demanda 25358/12). Disponible online: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-170359%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]}) Fecha de consulta: 17/05/19.



y Bouvet (10410/14), de 21 de julio de 2016. Por último, la Gran Sala dictó la sentencia del asunto Paradiso (25358/12), de 24 de enero de 2017 que revocó la sentencia de la Sala de 27 de enero de 2015.

En concreto, voy a profundizar sobre este último asunto, Paradiso y Campanelli contra Italia, puesto que es la decisión más reciente del TEDH en este tema que además supone un cambio de posicionamiento con respecto al mismo asunto en la Sala Segunda y con respecto a los demás casos mencionados por el Tribunal Europeo.

Se trataba de un matrimonio italiano que había suscrito un contrato de gestación por sustitución en Moscú (ya que esta práctica está prohibida en Italia) y que inscribieron el nacimiento y la filiación respecto de ellos en el Registro ruso sin hacer referencia al contrato de gestación por sustitución. El Consulado italiano en Moscú advirtió a las autoridades que el certificado contenía información falsa porque aunque en principio el varón aportaba material genético, las pruebas de ADN posteriores resultaron negativas por lo que no se pudo determinar la filiación biológica respecto de él y por consiguiente, las autoridades italianas rechazaron registrar al menor como hijo del matrimonio<sup>33</sup>.

Posteriormente fueron acusados de alteración del estado civil, uso de documentación falsificada e incumplimiento de la legislación italiana. Al mismo tiempo, se inició un procedimiento de guarda y adopción del menor por lo que el matrimonio interpuso una demanda ante el Juzgado de Menores solicitando que el niño se quedase en su compañía con vistas a una posterior adopción. El tribunal dictaminó que los demandantes habían eludido intencionadamente las normas italianas y desestimaron su demanda por considerar prioritario el poner fin a la situación de ilegalidad.

El matrimonio recurrió dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación alegando que las autoridades italianas no podían dejar de reconocer el documento extranjero que declaraba la filiación a su favor, pero el tribunal consideró que los recurrentes habían actuado de forma ilegal para obtener un estado civil que no les correspondía, contradiciendo así el orden público.

En este punto, el litigio se elevó al TEDH que lo resolvió la Sala Segunda en la Sentencia de 27 de enero de 2015 estimando la demanda, pero el Gobierno de Italia recurrió ante el Pleno del Tribunal que dictaminó a su favor.

---

<sup>33</sup> MONTERONI, J., «Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Prudentia Iuris*, nº 80, 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/paradiso-campanelli-contrato-internacional.pdf>  
Fecha de consulta: 17/05/2019.

## 1.2 Artículo 8 CEDH

La argumentación que se expuso en ambas resoluciones versaba sobre el artículo 8 del Convenio de Roma (CEDH) que establece: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Este artículo se ocupa del derecho al respeto a la vida privada y familiar desde dos puntos. En primer lugar se encuentra el derecho que toda persona tiene a que se respete su privacidad familiar y en segundo lugar, el derecho a la no intromisión de una autoridad pública en dicha privacidad familiar. Pero en este segundo derecho, se establecen ciertas salvedades, estas son, que esté previsto legalmente o que sea necesaria para proteger la seguridad en general y los derechos y libertades de los demás. Por consiguiente, la norma exige atender tanto a los intereses privados, que son los que corresponden al primer apartado como a los intereses públicos conforme al apartado segundo.

El conflicto que se crea con la Jurisprudencia del TEDH es que en una primera resolución (Sentencia de la Sala Segunda de 27 de enero de 2015) se priorizan los intereses privados por encima de los públicos al argumentar que la denegación por parte de las autoridades italianas de la inscripción de la filiación era una injerencia por parte de una autoridad pública y eso contradice el artículo 8 CEDH<sup>34</sup>.

Por otra parte, la Sentencia del Pleno del Tribunal de 24 de enero de 2017 modifica la argumentación con respecto a la anterior alegando que en caso de conflicto entre los intereses privados y los públicos, priman estos últimos y el permitir la filiación a favor de los demandantes equivaldría a legalizar una situación que está prohibida conforme a su legislación.

En definitiva, para determinar la legitimidad de una acción, en este caso los efectos del contrato de gestación por sustitución, habrá que hacer una ponderación entre los

---

<sup>34</sup> MONTERONI, J., «Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *cit.*

intereses privados y los intereses públicos y el TEDH considera que en una materia en la que no existe un consenso a nivel europeo, las autoridades nacionales están legitimadas para valorar el efecto que tendrá en la moral pública interna<sup>35</sup>.

Para que la injerencia que menciona el art. 8.2 CEDH esté justificada deberán existir razones relevantes como pueden ser la protección del interés superior del menor, de la dignidad humana, del principio de legalidad o del orden público internacional.

En conclusión, el TEDH consideró que la correcta interpretación del art. 8 del CEDH era atender tanto a los intereses particulares (como viene a ser la autonomía de la voluntad que equivale a la libertad de celebrar libremente contratos) como a los intereses públicos que afectan a los derechos y libertades de la sociedad. Y en caso de choque entre ambos, prevalecen los intereses generales puesto que protegen entre otras cuestiones, el interés superior del menor y el orden público.

Las medidas que se adoptaron en el caso Paradiso fueron a responder justamente a estas cuestiones ya que el TEDH estimó que la denegación de la inscripción en el registro del menor lo protegía tanto a él en particular como en general a futuros casos, de la mercantilización y tráfico humano.

Cabría destacar además la ausencia de vínculo biológico entre el matrimonio y el niño (dada la infertilidad de la esposa y el resultado negativo del test de ADN del esposo con respecto al menor) y la escasa convivencia entre el niño y la pareja (ya que duró menos de un año). Estos dos argumentos fueron esgrimidos por la Gran Sala para argumentar que no se produjo violación del artículo 8 del CEDH debido a que no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del mencionado artículo<sup>36</sup>.

En este asunto, podemos comprobar que la existencia de relación biológica de filiación y el tiempo efectivo de convivencia fueron decisivos para la resolución final del TEDH y como consecuencia, la Gran Sala decidió finalmente que no se había violado el artículo 8 CEDH porque no se producía una injerencia en la vida familiar puesto que era inexistente, y en cuanto a la injerencia en la vida privada, se trataba de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art 8. CEDH (de acuerdo con la ley, para

---

<sup>35</sup> JEREZ DELGADO, C., «La autonomía de la voluntad en Derecho de Familia: la gestación por sustitución, entre el ámbito de lo privado y el orden público internacional. (A propósito de la Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017)», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Capítulo 5, 2018, pp. 579-590.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada», en *Escritos Jurídicos de The Family Watch*, Abril 2017, Madrid, p. 2.

obtener finalidades legítimas y necesaria en una sociedad democrática para lograr dichas finalidades).

## **2. TRIBUNALES ESPAÑOLES: ÍTER JURISPRUDENCIAL**

### **2.1 Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia<sup>37</sup>**

#### **A) Contexto**

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia fue la primera que se presentó ante los Tribunales españoles con respecto a la gestación pos sustitución, la cual planteó de manera pionera la cuestión de la inscripción registral de la filiación efectuada en el extranjero.

Los hechos que dieron lugar a la Sentencia son, en primer lugar, el nacimiento de dos menores en Estados Unidos por medio de un contrato de gestación por sustitución, suscrito por un matrimonio homosexual que aportó sus gametos. Posteriormente al nacimiento, los comitentes solicitaron la inscripción de la filiación en el Registro norteamericano aportando las certificaciones extranjeras de nacimiento de los menores emitidas por la autoridad administrativa del mismo registro en las que consta que son hijos de la pareja, pero el encargado de Registro Consular de España en Los Ángeles deniega la solicitud basándose en el mencionado artículo 10 LTRHA que establece que la filiación será determinada por el parto, atribuyéndole por tanto la maternidad a la mujer estadounidense que gestó a los bebés.

El matrimonio interpuso un recurso ante la DGRN que resolvió, estimándolo en la Resolución de 18 de febrero de 2009, revocando la decisión denegatoria y ordenando la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores, con base en el reconocimiento y la eficacia probatoria<sup>38</sup> de las certificaciones registrales extranjeras

---

<sup>37</sup> Sentencia nº. 193/2010 de 15 de septiembre, del juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, procedimiento 188/2010. Fuente: Diario *La ley*, nº 7526, Sección La Sentencia del día, 13 diciembre de 2010, año XXXI, Editorial LA LEY.

<sup>38</sup> PÉREZ MONGE, M., «Maternidad subrogada», *Revista Actualidad de Derecho en Aragón*, cit., p. 27: «La Resolución resuelve el problema de reconocimiento de la eficacia probatoria [...] pero no prejuzga las cuestiones sustantivas como la filiación o la validez del contrato, que deben resolverse en los Tribunales españoles en la vía civil».

que establece el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC<sup>39</sup>. La DGRN estimó que la certificación registral presentada cumplía el control de legalidad y por tanto los requisitos formales que establecía el mencionado artículo.

Posteriormente, dicha resolución fue impugnada por parte del Ministerio Fiscal, dando inicio a este procedimiento, alegando la infracción del art. 10 LTRHA y la cláusula de orden público español. Los comitentes, por su parte, reconocían la contrariedad al orden público español de dicho contrato por ser nulo conforme a nuestro ordenamiento jurídico, pero alegaban que la inscripción de la filiación era una cuestión independiente a la validez del contrato y como consecuencia, debía admitirse<sup>40</sup>.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal alegando que la filiación y la inscripción eran cuestiones conexas puesto que la ley no solo se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato sino que establece también cuál será el régimen de filiación por tanto no se puede admitir la disociación entre ambas que solicitaban los demandantes.

Esta sentencia fue ratificada posteriormente por la resolución de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

## **B) Análisis de la Sentencia**

El tribunal afirma que para que pueda practicarse la inscripción en el registro español es necesario no solo que la certificación registral extranjera cumpla los requisitos formales (art 81 RRC) sino que el encargado del registro compruebe la cuestión de fondo conforme al artículo 23 de la Ley del Registro Civil, en adelante LRC, esto es, verificar que la inscripción es legal conforme a la ley española. En conclusión, como estamos ante un contrato de gestación por sustitución calificado como nulo de pleno derecho en el art. 10 LTRHA en el que la filiación se establece a través del parto, debe impedirse el

---

<sup>39</sup> Artículo 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales».

<sup>40</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Filiación: gestación por sustitución: impugnación de resolución de DGRN que acuerda inscripción en Registro civil español de la filiación de menores nacidos en California mediante contrato de gestación por sustitución a favor de padres españoles intencionales», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. IV, 2015, p. 29.

acceso al registro de la inscripción de los interesados por contravenir las normas españolas.

También argumenta sobre la no vulneración del orden público español, justificando que los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales puesto que no pueden concebir ni engendrar, argumenta, literalmente, «que no puede considerar discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual». En cuanto a la justificación de la no discriminación por razón de sexo, esgrime que la inscripción se deniega como consecuencia de ser un contrato de gestación por sustitución con independencia del sexo de los comitentes pues el art. 10 LTRHA no establece distinción entre sexos y como consecuencia la prohibición de la gestación por sustitución afecta igualmente a parejas de hombres y de mujeres.

En relación con el interés superior del menor se aconseja la inscripción de los hijos en el Registro Civil español a nombre de los comitentes pero conforme a las vías que establece el derecho español, esto es, reclamación de paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) y acogimiento familiar (arts. 172 y ss. del CC) o adopción por parte del otro varón (arts. 175 y ss. del CC), si existe realmente relación *de facto* con ambos.

Por último, la SJPI entendió que se produjo un *forum shopping* fraudulento porque el matrimonio sabía que no podría figurar como padres en el Registro Civil español y por ello decidieron recurrir a un Estado donde sí que pudieran aparecer como tales.

Concluyó la sentencia estimando íntegramente la demanda del Ministerio Fiscal y rechazando la posibilidad de inscribir como hijos del matrimonio a los mellizos nacidos mediante gestación por sustitución. La prohibición tenía su justificación en que la certificación extranjera no se ajustaba a la ley española.

## **2.2 Sentencia 949/2011, de 23 de noviembre de la Audiencia Provincial de Valencia<sup>41</sup>**

La sentencia en Primera Instancia que denegaba la inscripción de la filiación de los menores fue recurrida en apelación por los demandados, pero la AP de Valencia falla

---

<sup>41</sup> Fuente: Centro de Documentación Judicial, CENDOJ.

desestimando el recurso y confirmando la sentencia de Primera Instancia alegando justificaciones similares a la sentencia citada.

En primer lugar argumenta que antes de acordar la inscripción de la filiación, la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad que deriva del artículo 23 RRC.

En segundo término, para el reconocimiento de dicha certificación registral, es necesario que coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Pero los obstáculos radican en que la decisión extranjera es contraria al orden público internacional español además de que contradice la prohibición del legislador español a la figura de la gestación por sustitución basándose en que las personas humanas no podemos ser objeto de comercio entre los hombres, así como el respeto a la dignidad de la persona y a su integridad. Por tanto se deduce que no serán de aplicación las leyes extranjeras o decisiones o resoluciones judiciales que no sean lícitas en España.

En tercer lugar, presume que los demandados hayan huido de las leyes imperativas españolas que en este caso tienen el carácter de indisponibles para poner la determinación de la filiación en manos de las autoridades estadounidenses las cuales son más permisivas.

Por otra parte, vuelve a confirmar la no discriminación por razón de sexo puesto que en la LTRHA no se permite la inscripción a favor de dos hombres porque biológicamente no pueden engendrar a diferencia de un matrimonio entre dos mujeres en el que una sí que podría gestar, por tanto, argumenta, literalmente, «que no puede considerar discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual». Asimismo, el art. 10 LTRHA no establece distinción entre sexos y como consecuencia la prohibición de la gestación por sustitución afecta igualmente a parejas de hombres y de mujeres.

Por último, el quinto fundamento jurídico expone que el principio de interés del menor no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la LTRHA y el CC establecen cauces para lograr la filiación en favor de los demandados como se ha hecho referencia anteriormente.

En conclusión esta resolución repasa cada uno de los argumentos mencionados en la sentencia dictada en Primera Instancia, confirmando la posición del Ministerio Fiscal con respecto a la cuestión del litigio y ratificando la decisión acordada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, declarando no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por los interesados.

### **2.3 Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil<sup>42</sup>**

Posteriormente a la ratificación, mediante el recurso de apelación, de la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, los demandados interpusieron recurso de casación en torno a «la infracción del artículo 14 CE por la vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho de identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989» como expone la STS de 6 de febrero de 2014.

Los motivos del recurso son tres: la denegación de la inscripción en el Registro Civil; la privación de la filiación de los varones con respecto a los menores alegando la desprotección de estos últimos, la conveniencia de los recurrentes como «los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener» y el derecho del menor a una identidad única; y la no contradicción del orden público internacional español.

La Sentencia empieza valorando el reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español. En cuanto a la primera cuestión, vuelve a incidir en la necesidad de que el control de la certificación registral no deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo. La «legalidad conforme a la Ley española» que exige el art. 23 LRC debe entenderse como el respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Que la certificación no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte pueda impugnar su inscripción no elimina la realización del control de contenido por parte del encargado del RC que deniegue su acceso. Además, las normas que regulan las relaciones paterno-filiales, la protección de la infancia y la dignidad e integridad física y moral y en concreto, las normas aplicables a la gestación por sustitución, integran el orden público internacional español por tanto forman parte de los límites al reconocimiento de decisiones extranjeras.

En segundo lugar (4º F) analiza la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual. Pero como hemos hecho referencia en la SAP no existe trato discriminatorio puesto que la causa de denegación es el contrato de gestación por

---

<sup>42</sup> Fuente: CENDOJ.



sustitución y no el hecho de que los solicitantes sean varones. Asimismo, la solución hubiera sido idéntica si los contratantes hubieran sido un matrimonio de dos mujeres o una sola persona, por tanto, este argumento lo consideran inadmisibile por lo ya expuesto en la sentencia recurrida.

En tercer término, el quinto Fundamento de derecho se centra en el interés superior del menor. Este principio no debe interpretarse para contradecir lo previsto en las leyes, ni para satisfacer intereses personales, de lo contrario, se estaría vulnerando el sistema de fuentes y al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art 117.1 CE. El Tribunal reconoce que la negativa a la inscripción puede suponer un perjuicio para la posición del menor, pero asimismo, el establecimiento de una filiación contraria al Derecho español también supone un perjuicio para el mismo, entonces se debería realizar una ponderación de la que resulte la solución menos perjudicial para los menores. Con base en el CC, no se exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa. Por tanto, la anulación de la filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado conforme a nuestra regulación.

Los recurrentes también alegan que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar, pero en este caso no hay vulneración de dicha identidad porque los menores no tenían vinculación efectiva con EE.UU (ya que ni los padres tienen diferentes nacionalidades al igual que tampoco tienen distinto Estado de residencia como ocurría en otras sentencias sobre la misma cuestión).

De la misma manera, tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales ya que la denegación del reconocimiento a la inscripción, a pesar de ser una injerencia de la autoridad pública, cumple los requisitos que establece el mismo artículo: previsión en la ley pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional y necesidad de la injerencia en orden a la protección del interés del menor y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como puede ser evitar la

explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación<sup>43</sup>.

Esta última argumentación nos interesa desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad ya que se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida. La STS considera en el FJ 5º que la protección de los menores no puede lograrse aceptando solamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los demandantes y realizado legalmente en EE.UU sino que la protección de los menores ha de otorgarse permitiéndole una integración en la familia conforme a las leyes aplicables en España como el acogimiento familiar o la adopción.

Por último en cuanto a la cuestión de la desprotección en la que se encontrarían los menores, el Tribunal alega que los menores deberán quedar provistos de protección conforme a las leyes y convenios aplicables en España, esto es, se permitiría la reclamación de paternidad respecto del padre biológico y el acogimiento familiar o adopción por parte del otro varón.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el matrimonio de varones, ratificando las decisiones dictadas por las dos anteriores resoluciones.

#### **2.4 Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015<sup>44</sup>**

Posteriormente, los recurrentes solicitaron la nulidad de la STS por vulnerar entre otros derechos, el derecho a la intimidad familiar (art 18 CE)<sup>45</sup> y el 2 de febrero de 2015 se dictó un Auto el Tribunal Supremo que resolvía de manera diferente a las Sentencias del TEDH en el caso Labassee y Mennesson, que alegaban que la denegación de la

---

<sup>43</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Filiación: gestación por sustitución: impugnación de resolución de DGRN que acuerda inscripción en Registro civil español de la filiación de menores nacidos en California mediante contrato de gestación por sustitución a favor de padres españoles intencionales» *cit.*, p. 31, «La denegación del reconocimiento de la filiación reúne los dos requisitos que la justifican según la Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2007 caso Wagner contra Luxemburgo: está prevista en la ley [...], y es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el interés del menor, [...] y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación».

<sup>44</sup> Auto del Tribunal Supremo nº 335/2015 de 2 de febrero de 2017. Fuente: Cendoj.

<sup>45</sup> El art. 18 de la Constitución Española establece: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

inscripción en el Registro Civil suponía una vulneración del derecho a la vida privada del menor.

Tenemos que tener especialmente en cuenta las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el asunto *Mennesson* contra Francia (nº 65192/11) y el caso *Labassee* contra Francia (nº 65941/11) de 20 de junio de 2014, así como el asunto *Foulon* (9063/14) y *Bouvet* (10410/14) contra Francia, de 21 de julio de 2016.

Con respecto a los dos primeros asuntos la legislación francesa no permite el reconocimiento de la filiación resultante de las sentencias, incluso respecto del padre comitente (que es padre biológico del menor), así como impide también la constitución de una filiación a favor de los padres comitentes por la vía de una adopción posterior del menor, incluso si queda acreditada la posesión de estado en la forma admitida legalmente por el ordenamiento francés. Esta es una diferencia con el ordenamiento español que sí que establece vías para determinar la filiación respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) así como la posibilidad de la adopción. En cuanto a la posible violación del art. 8 CEDH el Tribunal aprecia que los niños se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica al ser identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes y negarles en Francia esta consideración y concluye que el no reconocimiento de la filiación de los niños afecta a los propios menores puesto que su derecho a la vida privada implica que cada uno pueda establecer su identidad, incluida su filiación, y por tanto declaran que se viola el artículo 8 porque el respeto e interés superior del menor debe guiar cualquier decisión que les afecte.

Después de dictarse las sentencias *Mennesson* y *Labasse*, la Corte de Casación francesa alteró su doctrina adaptándose al criterio del TEDH, y ahora aceptaban la inscripción en el Registro Civil de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución en las que exista filiación biológica. Pero antes de que se produjera ese cambio de doctrina, la Corte francesa había dictado varias sentencias denegando las inscripciones en el Registro civil las cuales fueron recurridas ante el TEDH que nuevamente condenó a Francia en la sentencia *Foulon* y *Bouvet* de 21 de julio de 2016. El Tribunal tenía que decidir si el hecho de que ahora hubiese la posibilidad de acudir a otras vías legales para establecer la filiación era suficiente para estimar justificada la injerencia en el derecho a la vida privada del menor. Pero el

Tribunal Europeo no lo entendió así y mantenía una postura muy clara, en todos los casos en que se deniega la inscripción de una filiación constituida en el extranjero mediante gestación por sustitución supone una intromisión injustificada en la vida privada del menor.

Con respecto al Auto del TS de 2 de febrero de 2015, en el FJ 5º el Tribunal argumentaba que como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico. Asimismo, en la STS de 6 de febrero de 2014 ya se establecían las medidas pertinentes dirigidas a otorgar una protección jurídica del menor. Por consiguiente, las razones expuestas llevan al Tribunal a desestimar la vulneración de dicho derecho invocado por los recurrentes.

Con esta resolución podemos comprobar cómo los órganos jurisdiccionales españoles ponderan los intereses de los recurrentes y los del Estado respecto de este derecho y declaran que existen otras vías para la determinación de la filiación que respetan igualmente el interés superior del menor (acogimiento familiar y adopción). Asimismo, el Tribunal Supremo considera que los inconvenientes que pudieran surgir en el proceso de la determinación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida y el interés de los menores<sup>46</sup>.

En conclusión, el Auto del Tribunal Supremo que se dictó posteriormente a las Sentencias Mennesson y Labasse pero anteriormente a las sentencias Foulon y Bouvet, establecía la inaplicabilidad de las dos primeras sentencias del TEDH por las diferencias que en esta materia existe entre las legislaciones francesa y española (debido a que la primera afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier filiación entre el menor y los comitentes, mientras que el ordenamiento español prevé la determinación de la filiación paterna respecto del padre biológico). Con respecto a los asuntos Foulon y Bouvet, aunque fueran posteriores al Auto, no van en contra de la argumentación del Tribunal Supremo que considera inaplicables las sentencias por las diferencias que hay entre ambas legislaciones ya que en el caso

---

<sup>46</sup> DURÁN AYAGO, A., « Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución », *cit.* p. 13.

español hay unanimidad en considerar viables las alternativas legales para establecer la filiación mientras que el TEDH calificaba de meras hipótesis controvertidas las vías que establecía el ordenamiento francés después del cambio de doctrina.

Cabe añadir que el Tribunal de Casación de Francia solicitó al TEDH que emitiera una opinión en relación con un niño nacido mediante gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional. El 10 de abril de 2019 el TEDH dictó su primera opinión legal estableciendo lo siguiente<sup>47</sup>:

1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima";
2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño".

Es decir, si hay padre biológico y pareja de éste, entonces se reconocerá la filiación entre el menor y el progenitor intencional no biológico, y ha de hacerse de manera rápida y eficaz. Para el TEDH, garantizar los derechos de los menores es una prioridad que se ve cumplida si la madre de intención queda inscrita como madre adoptiva, pero que como mínimo, cada situación sea examinada según las circunstancias particulares del caso. Aunque la decisión no es vinculante podría tener impacto en los países del entorno que estudian cómo debe responder la ley ante la gestación por sustitución.

---

<sup>47</sup> Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente. Disponible traducido en español en: [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDictamen\\_de\\_10\\_de\\_abril\\_de\\_2019\\_en\\_relacion\\_con\\_el\\_reconocimiento\\_en\\_el\\_Derecho\\_interno\\_de\\_una\\_rela.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_TEDH\\_Tribunal](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF&blobheadervalue2=Docs_TEDH_Tribunal) Consulta realizada: 13/06/2019.

### **3. POSICIONAMIENTO DE LA DGRN**

#### **3.1 Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN sobre régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**

Entre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, la DGRN dictó una instrucción que entraría a establecer las condiciones de acceso al Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución desde tres aspectos novedosos y relevantes.

A diferencia de las sentencias anteriormente analizadas, que partían de un caso concreto, ahora esta instrucción de la DGRN tiene carácter general porque dota de cierta seguridad jurídica al régimen de filiación a todos los nacidos mediante dicha técnica que pretendan ser registrados en España.

Primero, la instrucción establece como requisito previo a la inscripción, la presentación de una resolución judicial extranjera dictada por el Tribunal competente en el que se determine la filiación del menor. La justificación es controlar el cumplimiento de los requisitos de contenido del contrato que establece el marco legal del país donde se ha realizado. Especialmente para asegurar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia del consentimiento prestado sin error o violencia y demás condiciones que establezca la normativa del referido país (todo lo cual no es posible con la sola certificación registral extranjera que se exigía con la Instrucción de 18 de febrero de 2009). La Dirección General justifica la necesidad de aportar resolución judicial extranjera en el art. 10.3 LTRHA, que a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna.

En segundo lugar, con respecto al reconocimiento de la resolución extranjera que determina la filiación del menor, será necesario su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico mediante el exequátur (con base a la LEC) de la resolución ante los Juzgados de Primera Instancia.

En el caso de que la resolución extranjera derivase de un procedimiento equivalente a los de jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento jurídico, bastará con el reconocimiento incidental de la resolución. Ese control incidental para comprobar que la resolución puede ser reconocida en España deberá valorar: los requisitos formales de la resolución extranjera, la validez de la competencia judicial internacional del Tribunal donde se determinó la filiación, la garantía de los derechos procesales de las partes,

haciendo mención especial a los de la mujer gestante, el respeto al interés superior del menor y a los derechos de la mujer gestante y finalmente, la firmeza de la resolución judicial extranjera junto con la irrevocabilidad de los consentimientos prestados, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera, que ésta hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida la facultad de revocación la hubiera ejercitado.

La instrucción hace un inciso final para excluir como título inscribible la certificación extranjera o la simple declaración. La exclusión en el segundo caso se condiciona a que en la certificación médica no conste la identidad de la madre gestante.

En definitiva, esta instrucción establece unas taxativas exigencias en orden a permitir la inscripción del nacido mediante gestación por sustitución modificando así el criterio establecido por la Resolución de 18 de febrero de 2009 que no exigía estos requisitos.

Lo que algunos autores, como PEREÑA VICENTE, vienen a considerar implícito de esta Resolución es que la prohibición que establece el art. 10 LTRHA no forma parte del orden público internacional español ni es una ley de policía. En segundo lugar, que el realizar un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero no constituye un fraude de ley. Y por último, a diferencia del caso anterior, en el supuesto de que el contrato se haya realizado en España, la filiación no podrá ser determinada en favor de los comitentes, estableciendo así una desigualdad o discriminación económica<sup>48</sup>.

Podemos comprobar cómo la DGRN aboga por dotar de efectos a las inscripciones realizadas en el extranjero en perjuicio de las realizadas en España, y como consecuencia contraviniendo tanto a la jurisprudencia como a la legislación con la finalidad de regular la gestación por sustitución. En este caso, la DGRN defiende la autonomía de la voluntad de las personas que realizan contratos de gestación por sustitución, en concreto, en el extranjero, aludiendo a la protección del interés superior del menor.

En conclusión, lo polémico de esta resolución es que a través de una norma de rango menor surte efectos lo que la ley (LTRHA) establece como nulo, cuando una instrucción no puede modificar los efectos de una ley ni siquiera invocando el interés superior del menor<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> PEREÑA VICENTE, M. «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», *cit.*, p. 15.

<sup>49</sup> *Ibid.*

### **3.2 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**

Esta Resolución de la DGRN vino a dejar sin efectos la Instrucción de 14 de febrero de 2019 y a establecer de nuevo los requisitos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

La Instrucción de 14 de febrero de 2019 que queda sin efectos, a modo de comparativa, disponía que la inscripción de un menor nacido en el extranjero mediante técnicas de gestación por sustitución podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación, en los términos que establecía la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Por consiguiente, considera válida la primera directriz de la referida instrucción.

Asimismo, establece que en ningún caso se admitirá como título apto una mera certificación registral extranjera o simple declaración, acompañada de certificación médica en la que no conste la identidad de la madre gestante, y esta consideración es idéntica a la que hace la segunda directriz en la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Pero la diferencia es que añade que si en la certificación médica consta la madre gestante, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, se requerirá que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español conforme al art. 9 LRC para acreditar que el Registro Civil español es competente para practicar la inscripción. Y con respecto al reconocimiento de la filiación paterna, deberá completarse con la correspondiente prueba de ADN (considerada por la instrucción como el medio preferente aunque no exclusivo). Finalmente, una vez acreditada la competencia del Registro Civil español y la filiación paterna, se practicará de forma inmediata la inscripción del menor, haciendo constar la filiación materna correspondiente al parto. En definitiva, la instrucción que ha quedado sin efectos permitía la inscripción de menores concebidos en el extranjero por gestación por sustitución mediante la presentación de una prueba de ADN que certificará la paternidad o maternidad de uno de los progenitores.

En cuanto a la última Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, se disponía que el interés de los menores es preferente y debe quedar salvaguardado y que los poderes públicos deben garantizar la protección a las mujeres gestantes en orden a evitar situaciones de abuso o vulnerabilidad. Por consiguiente, la DGRN vuelve a retratar que



la gestación por sustitución es una práctica prohibida en España y se compromete a perseguir a las agencias y establecimientos que ofrecen estos servicios y que se lucran conduciendo a cientos de parejas a procrear en terceros países. Sin perjuicio de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado, atendiendo al interés superior del menor, según informó el Gobierno en un comunicado emitido el 16 de febrero del mismo año<sup>50</sup>.

Por consiguiente, las solicitudes de inscripción en el Registro Civil de menores nacidos posteriormente a esta instrucción solo serán estimadas si van acompañadas de una sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente y dotada de exequátur o control incidental en caso de que provenga de un proceso de jurisdicción voluntaria. Es decir, lo que establece la Instrucción de 18 de febrero de 2019 en su segundo apartado es una remisión a los requisitos que establecía la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Ante esta situación, el Ministerio de Justicia desaconseja el inicio de cualquier proceso de gestación por sustitución, volviendo a recalcar en las consideraciones generales de la Instrucción que se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor en tanto no se disponga de un marco internacional común.

## **4. LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

### **4.1 Planteamiento**

La autonomía de la voluntad rige como un principio en nuestro Derecho contractual y equivale a la disponibilidad que tienen las partes para pactar libremente las cláusulas de los contratos en función de sus intereses. No obstante, no basta con que concurra voluntad de las partes para que un contrato sea eficaz, necesariamente deberá respetar los límites que impone el ordenamiento jurídico.

El Código Civil español establece en su artículo 1255 que no podrá pactarse aquello que sea contrario a la Ley, la moral y el orden público.

En cuanto a la Ley, se refiere a las normas de carácter imperativo para las que su inobservancia supondría la nulidad de pleno derecho. El legislador español establece

---

<sup>50</sup> Comunicado emitido por el Gobierno para informar que el Ministerio de Justicia deja sin efectos la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx> Fecha de consulta: 22/05/2019.

este límite en los contratos de gestación por sustitución ya que el art 10.2 LTRHA declara nulo de pleno derecho esta tipología contractual.

En cuanto a la moral, definida como el conjunto de convicciones de orden ético que impide celebrar contratos inmorales. Se considera que la gestación por sustitución va en contra de los principios de dignidad, integridad física y moral de la mujer y del interés superior del menor por lo que en función de este límite, la autonomía de la voluntad tampoco tiene cabida en los contratos de gestación por sustitución.

Con respecto al orden público, se entiende la organización general de la sociedad y los principios de convivencia por los que se rige. En el caso de que se altere por la voluntad de las partes, resultaría la ineficacia del contrato. En el caso de la gestación por sustitución, las mencionadas sentencias establecen que estos contratos contravienen el orden público al determinar la filiación de una manera que no está prevista en la legislación española.

Algunos autores consideran que el derecho a la reproducción se basa en la libertad que posee cada persona por el hecho de ser persona y como consecuencia, la autonomía de la voluntad justificaría la realización de contratos de gestación por sustitución en base a las cualidades inherentes que posee cada persona, pero en relación con el ámbito europeo que hemos tratado anteriormente, la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017 asunto Paradiso y Campanelli contra Francia (25358/12) nos revela los límites que establecen las disposiciones del artículo 8 del CEDH puesto que considera que dicho artículo no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, de manera que el derecho al respeto de la vida familiar no protege el mero deseo de fundar una familia sino que presupone que esta existe y garantiza la no injerencia en ella de la autoridad pública<sup>51</sup>.

Las relaciones sexuales, la gestación y la aportación de material genético de los progenitores son simplemente medios impuestos por la biología para reproducirnos pero debido a los avances de las nuevas tecnologías y en concreto de las TRA, la procreación se ha separado del concepto de *indisponible* a través de las formas de reproducción que existen en el «mercado reproductivo» y la gestación por sustitución es una de ellas.

---

<sup>51</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J, «Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 16, 2017, p. 5.

Entonces, cabría preguntarse cuál es el motivo para mantener dichos límites a la autonomía de la voluntad que se refieren a la gestación por sustitución, cuando en otros ordenamientos es permitida<sup>52</sup>. La respuesta se centra en los derechos a los que afecta esta práctica: la dignidad humana y la paz social, recogidos en el artículo 10 CE así como la integridad física y moral mencionada en el artículo 15 CE. Más concretamente, los contratos de gestación por sustitución son contrarios a la dignidad de la mujer y a la dignidad del menor. La existencia de desigualdades conlleva a la explotación de esta práctica (por ejemplo, en algunos países debe someterse la mujer a procesos hormonales de ignoradas consecuencias por las mujeres gestantes) y como consecuencia, a la cosificación y comercialización de la gestación de hijos ya que son tratados como un objeto desde el punto de vista contractual y esto no es solo contrario con su dignidad sino incompatible con su condición de ser humano. Incluso aunque la gestación por sustitución se realizase al amparo de una causa gratuita, el comitente está obligado al pago de los costes de embarazo y parto, así como a la compensación por los perjuicios o molestias que supone la gestación a la gestante, lo que supone en definitiva un precio a pagar.

## **4.2 Derechos afectados**

### **A) Interés superior del menor**

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>53</sup> recoge este concepto y establece que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo y que corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres u otras personas responsables no tengan capacidad para hacerlo.

La STS de 6 de febrero de 2014 que hemos analizado anteriormente ya argumentaba que no se ponía en juego el interés superior del menor con la denegación de la inscripción en el RC cuando en la propia normativa española se establecían diferentes cauces para determinar la filiación conforme a la legalidad<sup>54</sup>. En su FJ 5º alegaba que «el interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino

---

<sup>52</sup> JEREZ DELGADO, C., «La autonomía de la voluntad en Derecho de Familia: la gestación por sustitución, entre el ámbito de lo privado y el orden público internacional. (A propósito de la Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017)», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Capítulo 5, *cit.*, p. 585.

<sup>53</sup> Convención sobre los Derechos del niño, UNICEF, 20 de noviembre de 1989.

<sup>54</sup> Fundamento Jurídico 5º STS 835/2013: « La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma».

tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales» El Tribunal pondera los intereses particulares por debajo de otros principios como son el orden público y el principio de legalidad.

Esa ponderación debía hacerse intentando perjudicar al menor en la mínima medida posible y el tribunal argumentó que el establecimiento de una filiación que contradice los criterios establecidos por la ley perjudicaba al niño y atentaba contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.

Con respecto al fallo de la STEDH de 24 de enero de 2017, esa decisión nos recuerda que no necesariamente el deseo de tener un hijo avala que dichos padres puedan ser responsables y cumplir fielmente con sus obligaciones<sup>55</sup>.

Podemos concluir que la gestación por sustitución vulnera este artículo puesto que puede dotar de aparente legalidad posibles supuestos de tráfico internacional de menores. La autonomía de la voluntad de los comitentes para suscribir este tipo de contratos en virtud de su «derecho a ser padres» no puede estar por encima de los propios derechos del niño.

### **B) Derechos de la personalidad de la mujer gestante: Dignidad y libertad**

Se considera por una parte de la doctrina que la gestación por sustitución cosifica y mercantiliza a la mujer atentando así contra su dignidad.

El artículo 10 CE establece en su primer apartado: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Por consiguiente, este tipo de técnicas no tiene en cuenta los derechos y libertades consagradas en la Constitución Española siendo como consecuencia contrarios al orden público.

Con la gestación por sustitución se produce una «operación de apropiación de la capacidad reproductora de las mujeres por parte de agentes externos», convirtiéndose la

---

<sup>55</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., *La gestación para otros: una reflexión jurídico constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson S.L., Madrid, 2018, p. 134: «El Tribunal de Estrasburgo avala la valoración que hizo el Juzgado de menores de Italia al establecer que el matrimonio actuó movido por un deseo narcisista o como medio para resolver los problemas de la pareja. Esto les privaba de las más básicas habilidades educativas y emocionales para criar a un hijo, lo que hacía pensar que el mejor interés del menor pasaba por separarlo del matrimonio (párrafos 37, 190 y 207 de la sentencia de 2017)».

reproducción en una cuestión de Estado, lo que condiciona de manera decisiva la autonomía de la voluntad de las mujeres<sup>56</sup>.

En definitiva, la autonomía de la voluntad alegada por los comitentes en cualquier contrato de gestación por sustitución queda injustificada cuando para conseguir su propósito les resulta necesario la intervención de una tercera persona en la que concurre otra voluntad, la de querer asumir todas las condiciones de gestación y parto. Por consiguiente, la determinación de la filiación legal derivada de un contrato de gestación por sustitución nunca puede someterse a la voluntad procreacional de una parte como un criterio categórico.

## CONCLUSIONES

1. En primer lugar, con respecto a la gestación por sustitución hemos podido comprobar cómo en la normativa española se establece su nulidad de pleno derecho pero no se trata de una nulidad absoluta puesto que no se eliminan todos sus efectos si se realiza en el extranjero ya que se permite la reclamación de paternidad por parte del progenitor biológico. Esto ha dado lugar a situaciones de inseguridad jurídica en la que las personas que han recurrido a esta práctica se han aprovechado de dicha situación legalmente aceptada por nuestro ordenamiento a pesar de que la práctica que conlleva dicho efecto esté prohibida.
2. Está claro que en la sociedad en la que vivimos, la voluntad es un concepto que puede tener cierta relevancia para determinar la filiación como por ejemplo en la decisión de iniciar un procedimiento de adopción, que después se constituye por resolución judicial. Por ello, no es comparable a la gestación por sustitución debido a que la adopción es una institución de protección de menores, inspirada en el interés del menor. Por el contrario, la gestación por sustitución busca el beneficio de los comitentes y en ella aparecen conectados valores y principios más complejos como la indisponibilidad del cuerpo humano o la dignidad de las personas, especialmente del menor y de la mujer gestante. Por tanto, la distinta naturaleza de ambas justifica la diferencia de tratamiento.
3. Es innegable que los avances en las técnicas de reproducción asistida, en la biotecnología y en la medicina son continuos y cada vez mayores y como

---

<sup>56</sup> FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España ¿mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 32-33.

consecuencia de ello, no se puede ignorar que el legislador debe ser capaz de adaptar esta nueva realidad al marco jurídico para proteger todos los intereses que entran en juego.

Sin embargo, no se pueden utilizar dichos avances para legislar sin control puesto que la satisfacción de unos deseos individuales no puede sobrepasar los derechos que están implícitos en estas prácticas. Los intereses afectados que hemos mencionado son tanto públicos como privados por tanto, habrá que atenerse a la protección de todos en el mayor equilibrio posible.

4. En lo que respecta al íter jurisprudencial, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 supuso un punto de inflexión al permitir inscribir en el Registro Civil a los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución pero la última resolución judicial, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 dispuso que la determinación de la filiación en estos supuestos se deberá llevar a cabo siguiendo los cauces legales que establece nuestro Código Civil, esto es, reclamación de paternidad por parte del progenitor genético y adopción por parte del otro miembro de la pareja. En definitiva, la filiación no quedaría determinada por la voluntad procreacional.

En cuanto a la más reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecía que para ponderar la legitimidad del fin perseguido, en este caso la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, conviene hacer un balance entre el interés general y el interés particular y serán las autoridades nacionales las legitimadas para realizar dicha ponderación con un amplio margen de decisión.

5. En conclusión, a la vista de este trabajo, la gestación por sustitución sigue siendo una práctica en auge en la que la autonomía de la voluntad pugna con el orden vigente y el interés general, y tendrán que ser las autoridades de cada país quienes limiten dicha autonomía de la voluntad en orden a proteger el interés del menor y los intereses de la mujer gestante, los cuales bajo mi punto de vista deberán prevalecer por encima de los deseos de los particulares.

## BIBLIOGRAFÍA

- BÁRBER CÁRCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», en *REDUR*, nº 8, 2010, p. 25.
- COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA, *Informe*, presidida por Marcelo Palacios, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.
- DURÁN AYAGO, A., «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución», en *Bitácora Millennium DIPR*, nº2, 2015.
- FARNÓS AMOROS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009» en *InDret*, nº 1, 2010.
- FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España ¿mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARCÍA CANTERO, G., «Filiación: gestación por sustitución: impugnación de resolución de DGRN que acuerda inscripción en Registro civil español de la filiación de menores nacidos en California mediante contrato de gestación por sustitución a favor de padres españoles intencionales», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. IV, 2015, p. 1626.
- JEREZ DELGADO, C., «La autonomía de la voluntad en Derecho de Familia: la gestación por sustitución, entre el ámbito de lo privado y el orden público internacional. (A propósito de la Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017)», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Capítulo 5, 2018, p. 579.
- LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada», en *Escritos Jurídicos de The Family Watch*, Abril 2017, Madrid.
- MONTERONI, J., «Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Prudentia Iuris*, nº 80, 2015, p. 273.

- PEREÑA VICENTE, M. «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI» en *Revista IUS*, nº 29, Puebla, 2012.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficientia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.
- PÉREZ MONGE, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación *versus* realidad», en *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 2010, p. 41.
- PÉREZ MONGE, M., «Maternidad Subrogada», *Revista de Actualidad del Derecho en Aragón*, nº37, 2018, p. 26.
- RIVERO HERNÁNDEZ, SANCHO REBULLIDA Y LARUZ BERDEJO, J.L, *Elementos de Derecho Civil*, t.IV, 3º edic., Jose María Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1989.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., *La gestación para otros: una reflexión jurídico constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson S.L., Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», en *Humanitas Humanidades médicas*, nº 49, 2010, p. 13.
- TORRES PÉREZ, A., «El impacto del derecho internacional de los Derechos Humanos en España», en *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, 16, 2013, p. 417.
- VELA SÁNCHEZ, A.J, «Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 16, 2017, p. 1-20.
- VIDAL MARTÍNEZ, BENÍTEZ ORTUZAR Y VEGA GUTIÉRREZ, A.M., «Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida», Comares S.L., Granada, 1998.
- WARNOCK, M., *A question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Basil Blackwell, United Kingdom, 1985.



## **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia nº. 193/2010 de 15 de septiembre, del juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, procedimiento 188/2010. Fuente: Diario *La ley*, nº 7526, Sección La Sentencia del día, 13 diciembre de 2010, año XXXI, Editorial LA LEY.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.
- Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 , asunto Mennesson nº 65192/11 y Labasse nº65941/11.
- Auto del Tribunal Supremo nº 335/2015 de 2 de febrero de 2015.
- Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016, asunto Foulon nº 9063/14 y Bouvet nº 10410/14.
- Sentencia del Pleno del TEDH de 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli v. Italia, nº25358/12.

## **Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.